

De bindende kracht van de overeenkomst

*M.E. Storme**

1. VRAAGSTELLING

Dat er voor éénieder krachtens het recht verbintenissen kunnen voortvloeien uit zijn daden, is geen monopolie van het kontraktenrecht. Het is in tegendeel een vanzelfsprekenheid in onze kultuur dat verbintenissen omzeggens uitsluitend vastgeknoopt worden aan iemands daden, 'rechtmatige' of 'onrechtmatige'. De gedachte dat iemand aansprakelijk zou zijn buiten elke handeling — weze het een nalaten — om, dat iemand aansprakelijk zou zijn wegens zijn 'status' in de maatschappij alleen, wordt voor het privaatrecht — terecht — verworpen door ons nog steeds liberaal mensbeeld (het publiekrecht, meer bepaald het fiscaal en parafiscaal recht, daarentegen is meer en meer daarop gebaseerd). Dat eenieder wel 'onvervreembare' rechten heeft ongeacht zijn daden, is een even grote vanzelfsprekenheid die daar weliswaar geheel tegen indruist; maar de asymmetrie daarvan valt wellicht terug te voeren op de asymmetrie van het leven zelf: wij zijn nu eenmaal het resultaat van de daden van onze ouders, waarvoor zij verantwoordelijk zijn, terwijl het omgekeerde niet het geval is...

De daad evenwel die voor juristen het alfa vormt van het verbintenissenrecht is niet de daad die leven wekt, noch de onrechtmatige daad, maar de overeenkomst, of beter wellicht de belofte, d.i. de verbintenisscheppende rechtshandeling: 'On lie les hommes par leurs

* Prof. dr. M.E. Storme doceert verbintenissenrecht, handelsrecht, rechtsvergelijking en harmonisatie van privaatrecht aan de Universiteit Antwerpen en de Katholieke Universiteit Leuven en is tevens als hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht van de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Brussel. Tevens is hij sekretaris van de Commission on european contract law (Commissie-Lando).

paroles comme les bœufs par leurs cornes'. De daad waaraan de mens door de jurist bij uitstek wordt gebonden is de daad die niet als daad ter sprake komt, maar als teken; niet om wat hij veroorzaakt (schade, voordeel, nadeel, ...), maar om wat hij 'betekent'.

Is het de magie van het woord? Of is dit alles slechts schijn? Heeft de daad die bindt om wat hij 'betekent' veeleer dan om wat hij veroorzaakt in werkelijkheid wel zo'n bijzondere positie in ons recht? Waarin verschilt de 'bindende kracht van de overeenkomst' van de 'bindende kracht' van andere daden, en in hoeverre rechtvaardigt dit een afzonderlijke plaats in het verbintenissenrecht?

In dit bestek wil ik enkel de 'bindende kracht van de overeenkomst' tot zijn juiste proporties herleiden aan de hand van een aantal vaststellingen en bemerkingen, die wellicht allemaal reeds eerder zijn gedaan of gemaakt; daarbij vertrek ik van de gedachte dat de uitdrukking bindende kracht van de overeenkomst, zoals die tot in 1991 in het Burgerlijk wetboek was opgenomen, het produkt is van het moderne denken, zoals dat van de zeventiende tot het begin van de negentiende eeuw tot ontwikkeling is gekomen. In een Leids jaarboek past het verder zijn betoog mee te laten bepalen door de 'Drie beginselen van contractenrecht'¹, ook zonder dat daarbij steeds wordt aangegeven op welke wijze.

2. FROM STATUS TO CONTRACT

Een onderzoek naar de betekenis van die uitdrukking kan vertrekken van de banale vaststelling dat een beroep op de 'bindende kracht' van een overeenkomst nog niet zegt waartoe een overeenkomst dan wel verbindt, en dus op zichzelf niets zegt. De uitdrukking heeft geen enkele betekenis in wat ze zegt,² maar betekent des te meer in wat ze niet — althans voor ons niet meer — zegt, in wat ze verbergt — althans voor ons verbergt. Ze verbergt namelijk een bepaalde opvatting over de bepaling van de gevolgen van een overeenkomst: de opvatting dat partijen en rechter — in beginsel — gebonden zijn aan wat er staat, aan wat er letterlijk staat. Een beroep op de bindende

1. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Kluwer Deventer 1979.
2. Terecht stelde reeds S. Schlossmann, *Der Vertrag*, von Breitkopf und Härtel, Leipzig 1876, 44, dat het om een *petitio principii* gaat, vermits het antwoord op de vraag of iets een overeenkomst is bepaald wordt door het antwoord op de vraag of het verbindend is.

kracht van de overeenkomst is géén symptoom van een 'historisch-psychologische' opvatting van de overeenkomst, staat niet voor een uitleg van de overeenkomst volgens de wil van partijen, maar probeert in tegendeel grenzen af te bakenen waarbinnen men op zoek mag gaan naar wat partijen bedoelden (psychologische opvatting) of behoorden te bedoelen (normatieve opvatting). De speurtocht naar een 'afwijkende' wil van de partijen of een 'derogerende' werking van redelijkheid en billijkheid moet in die opvatting dan ook 'marginaal' blijven. De legitimatie daarvoor wordt traditioneel gezocht in de rechtszekerheid. Het is dan ook de behoefte aan rechtszekerheid, en niet de scheppende kracht van de wil die de grondslag vormt voor de bindende kracht van de overeenkomst als dusdanig.

De wil van partijen, of juist nog, de vrijwillige gedraging van partijen, is daarbij voor de rechts- en maatschappelijke orde slechts aan *aanknopingspunt* om zekere rechtsbetrekkingen te vestigen — 'on lie les hommes par leurs paroles comme les bœufs par leurs cornes' —, een aanknopingspunt dat in de plaats is gekomen van de status van de persoon in de gemeenschap wanneer de statische aanknopingspunt niet meer aan de maatschappelijke noden kon beantwoorden. Deze evolutie is samengevat in de slogan 'from status to contract' en ook in recente jaren nog het voorwerp geweest van schitterende analyses van rechtssociologen zoals b.v. N. Luhmann.³ De uitdrukking 'from status to contract', die past op die bepaalde evolutie in het privaatrecht, verbergt overigens de tegengestelde evolutie die eveneens van de zeventiende tot de negentiende eeuw heeft plaatsgevonden in het publiekrecht: van een kontraktuele naar een autoritaire opvatting van het overheidsgezag. Deze ontwikkelingen zijn niet afgesloten, en het 'domein' van de kontraktsvrijheid blijft in volle beweging: ook in onze tijd zien we dat tot voor kort statusgebonden instellingen aan het spel van vraag en aanbod worden overgeleverd (getuige de ontwikkelingen in vooral het personen- en familierecht en het bestuursrecht) terwijl omgekeerd traditioneel aan de markt overgelaten verhoudingen opnieuw meer en meer in 'statuten' worden ingebonden (getuige meer bepaald de ontwikkelingen van het

3. N. Luhmann, o.m. 'Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft', in *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 45 v. vgl. ook 'Zur Funktion der subjektiven Rechten', 1. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, ook in *Ausdifferenzierung des Rechts*.

sociaal en economisch recht).⁴ Dit betekent nog niet dat het domein dat door de Napoleontische kodifikatie aan de privaatautonomie werd overgelaten bijzonder groot was. Recente studies hebben in tegendeel benadrukt hoezeer de règlements de police in het Frankrijk van het begin van de negentiende eeuw de kontraktsvrijheid beperkten, en hoezeer de opstellers van de Code Civil geïnspireerd waren door een pessimistisch mensbeeld en de daaruitvloeiende noodzaak om eenieder onder strenge controle van het recht te plaatsen.⁵

3. ART. 3:32 NBW: DE ROMANTISCHE TEOLOGIE VAN DE WILSVERKLARING

De keuze van de vrijwillige gedraging van de betrokkenen als aanknopingspunt, die natuurlijk een 'liberale' keuze was, een keuze voor een decentralisatie van de economische beslissingen, was nu misschien wel nog een — gedeeltelijke — keuze voor de 'privaatautonomie' tegen de overheid — binnen de grenzen van de 'openbare orde en goede zeden' —, maar helemaal niet voor een voluntaristische opvatting van de verhouding *tussen* partijen. De 'framers' van de uitdrukking 'bindende kracht van de overeenkomst' zagen natuurlijk in dat de wil alleen nooit een afdoende verklaring kan geven voor de gebondenheid aan een overeenkomst, omdat ze niet kan verklaren waarom men zijn wil niet zou mogen veranderen, waarom men gebonden blijft nadat men niet meer wil.⁶ Dergelijke ideeën vinden we dan ook helemaal niet terug in de Code Napoléon, en zijn een produkt van de romantische hermeneutiek. Gebiologeerd als deze was door het misverstand als oorsprong van alle kwaad, ging zij namelijk beloften begrijpen als de manifestatie, de openbaring van een desnoods verborgen betekenis, net zoals zij de Heilige Schrift

4. Zie daarvoor reeds T. Koopmans, *Contractueel stippelwerk*, oratie Leiden 1965, Alphen a/d Rijn 1965.
5. Zie in het bijzonder G. Rouhette, 'La force obligatoire du contract', in *Le contract aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, p. 29 v. en in engelse vertaling in *Contract Law Today. Anglo-French Comparisons*, Clarendon Oxford 1989, 41 v. Na de lezing daarvan had R. Kruithof wellicht niet meer kunnen schrijven dat 'Het niet de minste twijfel leidt dat de wetgever in 1804 van (de contractsvrijheid) is uitgegaan' ('Leven en dood van het contract', rede, R.W. 1985-86, (2731) 2737).
6. Zie voor een uitwerking van dit argument b.v. S. Schlossmann, *Der Vertrag*, 81 v.; F. Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer Wien 1967, Hst. VIII, p. 66 v.

begreep. Dit blijkt duidelijk in b.v. de geschriften van F.C. von Savigny, waarvan de ideeën sterke gelijkenis vertonen met die van de theologische hermeneutiek van Schleiermacher: 'Denn eigentlich muß die Wille an sich als das einzig wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichen woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die (Willens)erklärung'.⁷ Het is deze juridische openbaringsteologie die we nog steeds terugvinden in art. 3:33 NBW, waar de rechtshandeling nog steeds gezien wordt als een 'op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft *geopenbaard*'. Nu was deze openbaringsteologie weliswaar niet nieuw, en veeleer een terugkeer naar laatmiddeleeuwse gedachten (Thomas van Aquino en Thomas de Vio Cajetanus hadden de bindende kracht van de belofte reeds gegrond op de verplichting de waarheid te spreken en daartoe de belofte voorgesteld als een mededeling van een innerlijke wil)⁸; doch in de Code Napoléon werd de rechtshandeling in ieder geval uitdrukkelijk niet begrepen als een verklaring, maar als een handeling van een heel andere aard, namelijk een beschikking: zo maakte art. 1320 (in navolging van Pothier⁹) uitdrukkelijk een onderscheid tussen een 'disposition' en een 'énonciation' in geschriften (in art. 1908 oud BW verduisterd tot 'onderwerp der akte' en 'bloot te kennen geven'), of, om het in Nieuwenhuis' bewoordingen te zeggen, tussen beschrijvend ('een stand van zaken') en performatief taalgebruik. Het is merkwaardig dat Meijers, die dit onderscheid zeer

7. F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, I § 104. De oudste mij bekende uitdrukkelijke formulering van de wilsleer is iets eerder te vinden, nl. bij G.A. Heise, *Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts zur Behuf von Pandekten-Vorlesungen*, derde uitgave, 1819 (zie de geschiedenis van dit begrip bij S. Schlossmann, 'Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Kritisches und Dogmengeschichtliches', in *Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Albert Hänel's fünfzigjährigem Doktorjubiläum*, Kiel-Leipzig 1907, 48 v.).
8. Thomas van Aquino, *Summa Theologiae* II, 2, Qu. 80 en Qu. 110, art. 3 ad 5; Thomas de Vio Cajetanus, *Commentaren op de Summa Theologiae*, II, 2, qu. 88 art. 1 & 2, en Qu. 113. Zie de bespreking door M. Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, diss. Freiburg 1955, Böhlau Köln/Graz, 1959, p. 10 v.
9. R.J. Pothier, *Traité des obligations* nr. 736.

goed kende,¹⁰ desondanks bezweken is voor het 'descriptivistisch vooroordeel'.¹¹

Nu valt er niet te twijfelen aan het etisch hoogstaand karakter van Savigny's opvattingen, die nauw aansluiten bij Kants Kritik der praktischen Vernunft,¹² en berusten op het postulaat van de vrijheid en van de onherleidbaarheid van het menselijk individu tot subjeet van de staat. Zo luidt het in de Kritik der praktischen Vernunft dat 'das Subjekt, das sich auch seiner, als Ding an sich selbst, bewußt ist, betrachtet auch sein Dasein, so fern es nicht unter Zeitbedingungen steht, *sich selbst aber nur als bestimmbar durch Gesetze die es sich durch Vernunft selbst gibt; und in diesem Dasein ist ihm nichts vorhergehend vor seiner Willensbestimmung*, sondern jede Handlung, jede Bestimmung seines Daseins (...) ist im Bewußtsein seiner intelligibelen Existenz nichts als Folge, nicht als Bestimmungsgrund seiner Kausalität anzusehen'.¹³ Bij Savigny luidt dit 'Das recht dient die Sittlichkeit, nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihren, jedem einzelnen Willen innewohnenden Kraft sichert'.¹⁴ Men vergelijk de verklaring van de Eerste Consul in de voorbereidende werken van de Code Civil: 'Dans l'état de société, l'homme ne fait presque rien par le pur mouvement de sa volonté'.¹⁵

Hoe belangrijk de Kantiaans-Savignyaanse opvatting ook moge geweest zijn voor de emancipatie van de mens en zijn autonomie tegenover de heersende moraal, een verklaring voor de bindende kracht van de overeenkomst kan ze echter niet geven.

10. Getuige zijn bijdrage 'Bijdrage tot de leer van het middellijk bewijs', WPNR (1913) 2290 e.v., meer bepaald 2312-2313 (in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II, (209) 236).

11. Uitdrukking gebruikt door J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, p. 24.

12. De introductie van de theorie van de wilsautonomie in Frankrijk in de tweede helft van de negentiende eeuw (en niet eerder) viel evenzeer samen met het sukses van een Kantiaanse filosofie; zie daarover uitvoeriger nogmaals G. Rouhette, in *Le contrat aujourd'hui. Comparaisons franco-anglaises*, p. 39 v.

13. Kritik der praktischen Vernunft, p. 175-176 (in de Suhrkamp Taschenbuch uitgave p. 223).

14. F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, I § 52.

15. In Fenet, Deel X, p. 350.

4. DE RECHTSHANDELING ALS METAFOOR DER VERVREEMDING

Biedt de ‘moderne’ (zeventiende- en achttiende-eeuwse) opvatting van de belofte en de overeenkomst als ‘beschikkingen’, opvatting die mee aan de basis ligt van de uitdrukking ‘bindende kracht van de overeenkomst’, ons een betere verklaring? De ‘dispositieve’ opvatting die in de Code Napoléon tot uiting komt, gaat terug op de metafoor waarmee Grotius de categorie ‘rechtshandeling’ heeft gesticht door beloften te beschouwen als een vorm van vervreemding: ‘ghelijkckerwijs de macht die iemand heeft over zijn eighen goet zoo veel werckt dat hy door levering ofte toelating een ander mag eigenaer maecten, alzoock oock vermog een mensch een deel, ofte veel eer een gevolg, sijns vrijheids aen een ander zulcks aanneemende over te draghen, zoo dat die andere eenig recht daer over werd geboren, welck recht inschuld werd genoemd’.¹⁶ Met deze metafoor werd de categorie der rechtshandeling gesticht omdat twee traditioneel gescheiden categorieën van handelingen, namelijk de belofte (‘toezegging’) en de vervreemding, hier onder één noemer worden gebracht, en de effectieve betekenis (de ‘Wirkungsgeschichte’) van deze metafoor werd dan ook in het licht gebracht in de intussen reeds klassieke studies van o.m. — de onlangs overleden — Gorla¹⁷ en M. Diesselhorst.¹⁸

Deze metafoor verraadt evenwel ook duidelijk de onderliggende opvatting — die natuurlijk veel ouder is dan Grotius — over de bindende kracht van de overeenkomst die ook aan de vroeg negentiende-eeuwse kodifikaties nog ten grondslag ligt: de schuldvordering op een prestatie wordt als een vorm van eigendom beschouwd, en de schuldenaar is gebonden aan zijn woord en daad omdat deze aan de schuldeiser het *bezit* hebben verschaft over zijn vermogen — vermogen allereerst niet in materiële zin (patrimonium), maar in lijfelijke zin. Deze opvatting hoeft ons niet te verwonderen als we bedenken dat deromeinsrechtelijke *obligatio* oorspronkelijk wellicht niet op de schuld doelde, maar op de *Haftung*, duidelijker nog de *lijfswang*

16. H. de Groot, Inleidinge III.1.12.

17. G. Gorla ‘Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico’, Rivista di diritto commerciale 1956, I, 18, herdrukt in Diritto comparato e diritto comune europeo, Giuffrè Milaan 1981. De kritiek van Gorla op deze metafoor vinden we overigens grosso modo reeds bij S. Schlossman, Der Vertrag, 100.

18. M. Diesselhorst, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, p. 34 v.

van de schuldenaar of — eerder wellicht — borg. De uitbreiding van het begrip 'obligatio' naar de louter symbolische overlevering van de schuldenaar in de macht van de schuldeiser — die overigens parallel verloopt met de aanvaarding, in het zakenrecht, van de symbolische bezitsoverdracht in het *constitutum possessorium* — nam voor de middeleeuwse mens, voor wie de symbolische werkelijkheid wellicht sterker was dan de materiële, de gebondenheid zeker niet weg. In die zin kan men dan ook stellen dat de bindende kracht van de overeenkomst wel degelijk berust op de 'magie van het woord'¹⁹: taalhandelingen zijn namelijk symbolische handelingen bij uitstek. De lijfelijke kracht van het woord blijft overigens tot op heden bestaan in de uitvoerbare kracht van de notariële akte.

Natuurlijk betekende dit niet dat de wil geen rol zou spelen bij de totstandkoming van een juridisch bindende overeenkomst. Ook deze rol kan begrepen worden aan de hand van een parallel met het bezit: de vernietiging van een overeenkomst — met name de *restitutio in integrum* — kon namelijk geschieden in gelijkaardige voorwaarden als de revindikatie van goederen die in het bezit van een ander waren gekomen: wegens wilsgebreken dan wel wegens gebrek aan oorzaak (titel). Beide elementen vragen een nadere beschouwing, in nr. 5 c.q. 6.

5. VERSCHUIVINGEN IN HET AUTONOMIEBEGINSEL

Het 'dispositieve' begrip van de rechtshandeling geeft ook een aanduiding over de rol van de wil bij de totstandkoming van verbintenissen: wordt de wil namelijk op de handeling zélf betrokken, en niet gezien als een voorafgaand gegeven waarvan de handeling een openbaring is, dan wordt duidelijk dat het niet gaat om een wil om rechtsgevolgen te scheppen, maar wel om het vrijwillig karakter van de handeling (de beschikking in ruime zin, namelijk toezegging of vervreemding). Dit blijkt ook uit de betekenis die volgens huidige opvattingen toekomt aan de romeinsrechtelijke uitdrukking '*contractus*', stammende van '*contrahere obligationem*', in de vertaling van Feenstra 'zich een verbintenis op de hals halen'. Doch ook in Grotius' *Inleidinge* blijkt dit uit het feit dat de overeenkomst tegelijk met de verbintenissen quasi *ex contractu* wordt samengebracht in de

19. Titel van een diesrede van J.M. van Dunné, Rotterdam 1987, Gouda Quint Arnhem.

kategorie 'toezegging door wetsduiding', waartegenover de andere categorie, namelijk de uitdrukkelijke toezegging, beperkt wordt tot 1° de schenking en 2° de bijkomende bedingen gemaakt bij een andere handeling, d.w.z. bij een toezegging door wetsduiding. De verbintenis door toezegging is m.a.w. niet noodzakelijk een gewilde verbintenis, maar een verbintenis die voor het recht voortvloeit uit een vrijwillige aangegane handeling of het zich vrijwillig begeven in een toestand waaraan het recht dergelijke verbintenissen vastknoopt. Heeft men zich éénmaal vrijwillig in zo'n situatie begeven, dan is men geen meester meer over zijn eigen daden, maar gebonden aan andermans juridische macht over zijn daden. Het gemene recht kende overigens géén nietigheid wegens 'afwezigheid van (een met de verklaring overeenstemmende) wil', maar enkel vernietigbaarheid wegens geweld, bedrog of dwaling en uitzonderlijk benadeling of gebrek aan oorzaak. Vereenvoudigd gezegd komt dit erop neer dat de 'autonomie' van de belover bekeken werd vanuit het standpunt van de promissaris: het autonomiebeginsel betekende vereenvoudigd gezegd dat de promissaris niet beschermd werd indien hij de belofte van de belover verkregen had met miskenning van diens autonomie.

Ook hier weer is het vereiste van een met de verklaring overeenstemmende wil een Savignyaans vereiste; het is overigens Savigny die het onderscheid tussen de 'eigenlijke' en de 'oneigenlijke' (verhinderende) dwaling heeft geïntroduceerd. En het is in de lijn van zijn denken dat men de autonomie is gaan bekijken vanuit het standpunt van de belover en zijn aansprakelijkheid bij ongewilde verklaringen e.d.m. is gaan beperken tot het negatief belang, de 'Vertrauensinteresse' of 'reliance interest', oplossing die we in beginsel overigens nog steeds in het BGB vinden. Deze oplossing is daarom niet onzinnig, maar ze maakt alleen maar des te duidelijker dat de bindende kracht van de geldige (gewilde) overeenkomst, d.i. de gebondenheid aan het *positief* belang, niet vanuit de wil alleen kan worden begrepen.

Het NBW is in meerdere opzichten van de Savignyaanse opvattingen teruggekomen, dit ondanks de juridische theologie van art. 3:33. Zo wordt het gerechtvaardigd vertrouwen krachtens art. 3:35 — ook zonder dat in vertrouwen is gehandeld (ook zonder *fait accompli*) — beschermd voor het positief belang; zo spreekt men niet meer van de bindende kracht van overeenkomsten, maar van de overeenkomst als

bron van verbintenissen, die na hun ontstaan een eigen leven gaan leiden, los van de overeenkomst waaruit ze zijn ontstaan.

Wat m.i. evenwel nog onvoldoende wordt ingezien is de verschuiving die hierbij ook is ingetreden in de betekenis van het autonomiebeginsel. De huidige betekenis daarvan ligt niét in beperking van de bindende kracht van een overeenkomst tot de gewilde rechtsgevolgen, maar in een strengere beoordeling van de eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht van de schuldenaar door de schuldeiser: 'de vraag behoort niet te zijn of de wil van de inferieure gebrekkig is; de vraag behoort te zijn of de superieure al dan niet in redelijkheid gebruik maakt van zijn rechtspositie'.²⁰ Deze betekenis blijkt niet enkel uit de ontwikkeling van het wilsgebrek 'misbruik van omstandigheden', maar ook uit de ontwikkeling van onderzoeks- en informatieplichten aan de zijde van de bedinger-promissaris; deze plichten kunnen overigens niet enkel betrekking hebben op elementen waartoe de wederpartij eventueel in dwaling is; zij kunnen ook betrekking hebben op de betekenis die de wederpartij zelf aan zijn verklaringen hecht.²¹ Kants kategorische imperatief is met dergelijke opvatting van het autonomiebeginsel overigens wellicht beter gediend dan met het abstracte vereiste van het gewild zijn van de rechtsgevolgen van zijn handeling.

6. VERSCHUIVINGEN IN HET VERTROUWENSBEGINSEL EN DE BAND MET DE CAUSA

Heeft de betekenis van het autonomiebeginsel aldus bijna ongemerkt een nieuw evenwicht gevonden, hetzelfde geldt wellicht ook voor het vertrouwensbeginsel. Zolang de belofte niet begrepen werd als manifestatie van een inwendige wil, kon het vereiste vertrouwen natuurlijk ook geen betrekking hebben op de aan- of afwezigheid van die wil. In een opvatting die de belofte als een vervreemding beschouwde, kon het vertrouwen slechts betrekking hebben op het door de belofte verkregen recht, de verwachte prestatie; natuurlijk was het louter vertrouwen op een prestatie niet voldoende voor een recht erop — zelfs niet in die gevallen waar de prestatie door de belover wel zou

20. W. de Bondt, 'Gebruik en misbruik van economische machtspositie in het contractenrecht'. Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht, 1987, (147) 156.

21. Ik hoef maar te verwijzen naar de Misverstandsarresten van de H.R., te beginnen met Erckens/gemeente Bunde.

gewild zijn — : vooraleer het vertrouwen op een prestatie beschermd werd, vooraleer de schuldeiser in spe op de gedraging van de belover mocht voortgaan, althans vooraleer hij mocht rekenen op het positieve belang daarbij, diende hij het woord van de belover in zijn bezit te krijgen, in beginsel in geschrift. Zo bepalen de artt. 1341 e.v. van de Code Napoléon nog duidelijk dat wie op een overeenkomst van een zekere waarde wil voortgaan, verplicht is zich daarvan een schriftelijk bewijs te verschaffen. Daarbuiten werd het vertrouwen op een prestatie maar positief beschermd indien het opgewekt was door handelingen van de belover die daar specifiek toe hebben aangezet (b.v. het in ontvangst nemen van een tegenprestatie). Opnieuw vereenvoudigd kan men dan ook zeggen dat het vertrouwen van de schuldeiser bekeken werd vanuit het standpunt van de schuldenaar: het vertrouwensbeginsel betekende vereenvoudigd gezegd dat de belover niet meer vrijuit ging éénmaal hij het vertrouwen van de schuldeiser op de prestatie op een specifieke wijze had opgewekt.

En ook hier weer is de gedachte dat de loutere aanvaarding van een vormloze verklaring, mits de wil van beide partijen overeenstemt, een verbintenis doet ontstaan, in het positieve recht jonger dan men denkt, net zoals het in samenhang daarmee betrekken van het vertrouwen op de (aanwezigheid van de) wil van de wederpartij i.p.v. op de verwachte prestatie. Nog in de Code Napoléon is een overeenkomst maar afdwingbaar indien ze — vereenvoudigd gezegd — ofwel onder bezwarende titel geschiedde, ofwel in plechtige vorm.²² Het vertrouwen op een prestatie was m.a.w. niet rechtmatig omdat men overtuigd mocht zijn van de wil van de wederpartij, maar omdat de prestatie formeel was toegezegd dan wel een evenredige tegenprestatie door toedoen van de belover was verleend of toegezegd (en op voorwaarde dat de autonomie van de wederpartij daarbij niet was miskend, zoals hoger uiteengezet). De maat van de rechtmatigheid van het vertrouwen berustte dus op die twee beginselen: enerzijds het *causa- of consideration-*beginsel gezien als het nadeel dat de promissaris lijdt of toezegt door toedoen van de belo-

22. Ik verwijs naar de adstruktie in mijn proefschrift *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, nr. 69, en vooral G. Gorla, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien*, Institut universitaire d'études européennes Torino 1958, § 6; —, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè Milaan 1954, passim.

ver, anderzijds het *formalisme*, gezien als de uitdrukkelijkheid waarmee iets wordt toegezegd door de belover. Doch veeleer dan twee beginselen ging het om twee *alternatieven*: het ene dan wel het andere diende aanwezig te zijn opdat een belofte zou binden. Gemeenschappelijk daaraan is dat het gaat om het vertrouwen van de promissaris gezien vanuit het perspectief van het toedoen van de belover. Dit is bijna volmaakt de keerzijde van het hierboven geschetste autonomiebeginsel: de autonomie van de belover gezien vanuit het perspectief van het toedoen van de promissaris. M.i. vinden we in de combinatie van beide gedachten een evenwichtige benadering van vrijheid én verantwoordelijkheid der partijen.

Is het hedendaagse kontraktenrecht ook hier afgestapt van de Kantiaanse opvatting en naar dergelijke beginselen (terug)gekeerd? De tekst van het NBW geeft nauwelijks aanleiding tot die stelling, zeker de verwoording van art. 3:35 niet. Meer nog, de voorafgaande rechtspraak van de Hoge Raad over de vertrouwensbescherming, die in beginsel maar bij handelingen onder bezwarende titel werd toegekend, stond zelfs dichter bij die gedachten. Toch is er minstens een restant van de grotiaanse, prekantiaanse opvatting: het vereiste van de aanvaarding van de belofte, anders gezegd de verwerping van de éézijdige belofte als bron van verbintenissen. Dit fossiel is slechts begrijpelijk vanuit de grotiaanse metafoor van de belofte als een overdracht van rechten of andere prekantiaanse opvattingen en heeft geen enkele zin in een opvatting die uitgaat van het bestaan van de wil of het rechtmatig vertrouwen daarin.²³ Het onbegrijpelijke vasthouden daaraan in het NBW toont alleen maar aan — voor zover dat naast art. 6:1 nog nodig was — dat de verbintenis uit overeenkomst nog steeds een verbintenis uit de wet is: partijen moeten zich aan een wettelijk formalisme, in casu aanbod en aanvaarding (zie art. 6:217, lid 1 NBW²⁴), konformereren, om verbintenissen te doen ontstaan.

23. Vgl. stevig gemotiveerd G. Gorla, 'Il dogma del consenso', *Rivista di diritto civile*, 1956, 923, herdrukt in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè Milaan 1981.

24. Het oude wetboek daarentegen vereiste in het algemeen alleen 'de toestemming van degenen die zich verbinden' (art. 1356) — dus niet van de promissaris die zich niet verbond! — maar daarnaast wel een 'oorzaak'. Slechts bij de schenking, waar een oorzaak aan de zijde van de promissaris afwezig is, eiste het BW uitdrukkelijk ook de aanvaarding van een persoon die zich niet verbond (art. 1720 oud).

In England daarentegen heeft P.S. Atiyah in zijn intussen alombekende geschriften met verve betoogd dat het hedendaagse kontraktenrecht terug de andere kant is opgegaan en dient op te gaan. Hij heeft daarbij ook veel weerwerk ondervonden, het bekendste vanwege Fried.²⁵ Van Roermund heeft hun controverse recent nog als volgt samengevat: waar volgens Atiyah een kontrakt moet worden nagekomen omdat er onbetaalde voordelen zijn behaald of omdat er in redelijk vertrouwen kosten zijn gemaakt,²⁶ is het volgens Fried juist de belofte die het redelijk maakt kosten te maken in vertrouwen op het beloofde gedrag.²⁷ Fried staat duidelijker dichter bij het klassieke, Kantiaanse model. Toch is ook zijn opvatting nog steeds een bepaalde vorm van vertrouwensleer (of eerder nog verklaringsleer), en geen wilsleer; zij ligt in de lijn van Adam Smith's verklaring dat 'It is the disappointment of the person we promise which occasions the obligation to perform it'.²⁸ De genoemde tegenstelling met Atiyah brengt ons evenwel vooral bij een volgend aspect van het probleem.

7. HOE PERFORMATIEF IS HET POSITIEF BELANG?

Fried en, op een inhoudelijk genuanceerder wijze Nieuwenhuis, blijven namelijk vasthouden aan een fundamenteel onderscheid tussen verbintenissen uit overeenkomst en die uit andere gedragingen (rechtmatig of onrechtmatige). Nieuwenhuis heeft hiervan bijna een metafysisch onderscheid gemaakt, aan de hand van het onderscheid

25. C. Fried, *Contract a Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 1981.

26. P.S. Atiyah, 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. LQR (1978), p. 193 v.; —, *The rise and fall of the freedom of contract*; 1979; —, *Promises, morals and law*, Clarendon Oxford 1981. Op het eerste gezicht vergelijkbaar zijn de ideeën ontwikkeld door B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Kluwer Deventer 1991; een fundamenteel verschil is evenwel dat deze auteur vasthoudt aan het wilsdogma en slechts de karikatuur van de vertrouwensleer die we in art. 3:35 NBW vinden bestrijdt (inderdaad terecht), terwijl Atiyah zijn stellingen niet alléén toepast op gevallen waar de wil ontbreekt, maar op alle beloften: 'Promise was neither a necessary *nor a sufficient condition* for the existence of a legal duty' (*Rise and Fall*, p. 146) (voor de kritiek van Nieskens-Isphording op Atiyah, zie m.b. p. 15-16).

27. G.C.G.J. van Roermund, *Wet en belofte. Bedenkingen omtrent gebondenheid uit overeenkomst*, oratie Tilburg 1990, *Ars aequi* Nijmegen 1990, p. 19.

28. A. Smith, *Lectures on jurisprudence*, p. 92 in de uitgave van Meek, Raphael & Stein 1978.

tussen obligatoire regels (onrechtmatige daad) en konstitutieve regels (kontraktenrecht) en het daarmee samenhangende 'performatieve' karakter van rechtshandelingen. Ik vrees dat het hier echter gewoon om een hypostase gaat van het onderscheid tussen positief en negatief belang. M.i. is het 'aparte' karakter van het kontraktenrecht véél relatiever dan Nieuwenhuis ons wil doen geloven. Misschien is het hele onderscheid tussen kontraktenrecht en onrechtmatige daad zelfs niet anders dan een onderscheid tussen een meer abstrakte en meer konkrete wijze van schadeberekening, gepaard met een verschuiving van de bewijslast. Ik verklaar me nader.

Wat het klassieke kontraktenrecht zo apart maakt, afgrenst van de rest van het verbintenissenrecht en meer bepaald de onrechtmatige daad, is namelijk slechts de maat van de sanktie. In wezen gaat het hierom dat belover de mogelijkheid ontnomen wordt een beroep te doen op de leer van het rechtmatig alternatief. Uit onrechtmatige daad is men namelijk slechts gehouden tot vergoeding van schade die door de onrechtmatige daad is *veroorzaakt*, en wel door het onrechtmatige aspekt van de daad. Indien dezelfde schade ook zou veroorzaakt zijn door een rechtmatig alternatief, dan dient ze in beginsel niet te worden vergoed bij gebrek aan kausaal verband. Dit vinden we in beginsel ook nog in de prekontraktuele aansprakelijkheid (even afgezien van de aansprakelijkheid ex Plas-Valburg): de wederpartij moet b.v. geplaatst worden in de situatie waarin zij zou hebben verkeerd *waren er geen onderhandelingen tussen partijen geweest*. Daarom wordt de winst die men uit die overeenkomst zou hebben gehaald, in beginsel niet vergoed (wel eventueel de winst uit andere overeenkomsten die men door die onderhandelingen niet heeft afgesloten). Bij niet-nakoming van gesloten overeenkomsten wordt dit niet aanvaard.

Dat de overeenkomst bindt, dat men gehouden is voor het positief belang, betekent precies dat de wanpresteerder *niét* kan zeggen: indien ik niet onderhandeld had en geen overeenkomst had gesloten — wat perfect rechtmatig was — zou je ook het voordeel van die overeenkomst niet genoten hebben; jouw winstderving is dus geen gevolg van mijn wanprestatie en ik vergoed je alleen het negatief belang. Dit kan niet, en de wederpartij moet in tegendeel in de situatie geplaatst worden waarin zij zou hebben verkeerd was de overeenkomst nagekomen. Men zou kunnen zeggen dat het hele kontraktenrecht berust op een soort rechtsverwerking: doordat ik

beloofd heb, verwerk ik het recht om mijn aansprakelijkheid te beperken tot de kosten die ik veroorzaak, tot het negatief belang van de wederpartij. Ons hele kontraktenrecht is een toepassing van een soort promissory estoppel.

De gedachte is m.i. een uitwerking waard, omdat ze ons inzicht kan verschaffen in de juiste maat van bindende kracht van de overeenkomst. Rechtsverwerking verschilt namelijk van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op precies dezelfde wijze als verbintenissen uit overeenkomst daarvan verschillen: de sanktie is in beide gevallen een sanktie voor het positief belang en niet beperkt tot het negatief belang (Ziekenfonds Midden-Brabant/Klijssen).²⁹ Bovendien is er m.i. geen enkel zinnig argument om verschillende criteria te gebruiken voor het al dan niet ontstaan van een verbintenis voor een positief belang door de gedraging van de betrokkene c.q. het tenietgaan van een schuldvordering door de gedraging van de betrokkene. Ofwel gebruikt men voor beiden het criterium van het 'rechtmatig vertrouwen op de aanwezigheid van een rechtsgevolgenwil', ofwel stelt men voor beide gevallen een Atiyaans criterium voorop, zoals b.v. een of andere vorm van nadeelsvereiste, tegenstrijdigheid of *fait accompli* — wel te combineren met de autonomiegedachte zoals hierboven begrepen.

8. DE RECHTVAARDIGING VAN HET POSITIEF BELANG BIJ RECHTSVERWERKING

Welnu, de rechtspraak en rechtsleer over de rechtsverwerking probeert al lang niet meer deze figuur te reduceren tot de gevallen van rechtmatig vertrouwen van de schuldenaar op de intentie van de schuldeiser om afstand te doen van zijn recht (het criterium van art. 3:35 NBW).³⁰ In het leerstuk der rechtsverwerking heeft de wilsvertrouwensleer, die nog steeds de officiële leer is inzake de totstandkoming van overeenkomsten, sinds lang afgedaan. Het klassieke preadvies van Ph. Houwing b.v., klasseert als gedragingen die rechtsverwerking ten gevolge kunnen hebben voornamelijk 1° de

29. HR 5-11-1982, NJ 1984, 125 noot C.J.H. Brunner: 'Indien een beroep op rechtsverwerking slaagt (...) het effect van de rechtsverwerking niet beperkt tot het in het onderdeel bedoelde nadeel' (d.i. negatief belang).

30. Ph. Houwing, Rechtsverwerking, preadvies voor de Broederschap der candidaats-notarissen van 1968.

onredelijke verzwaring van de positie van de verplichte en 2° het wekken van vertrouwen dat een recht niet of niet meer bestaat — en het laatste is iets heel anders dan het wekken van het vertrouwen dat men de wil heeft afstand te doen van een recht. De rechtspraak van het Belgische Hof van cassatie dwingt zelfs om de rechtsverwerking geheel in de sleutel van het rechtsmisbruik te zetten.

Voor ons thema van belang zijn dan ook vooral de motieven die gegeven worden om het tenietgaan van een recht door rechtsverwerking niét te beperken tot het negatief belang, zelfs al wordt er een nadeelsvereiste gesteld. Want, zoals Hölderlin dichtte dat 'Vielen versuchten umsonst das Freudigste freudig zu sagen, Hier spricht endlich es mir, hier in der Trauer sich aus', zo ook is het waarschijnlijk in het leerstuk der verwerking van rechten dat we de onderliggende — en niet de uitgestalde — redenen vinden voor de bindende kracht van overeenkomsten. Nu is het nadeelsvereiste in het positieve recht vervangen door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Bij lezing van de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt meer bepaald dat nadeel enerzijds van belang is, anderzijds niet afzonderlijk hoeft te worden gesteld en bewezen indien het reeds besloten ligt in de gang van zaken of zelfs alleen maar in de onzekerheid en de mogelijkheid van geschillen, die anders zouden zijn uitgebleven.³¹ Duiden hier de alternatieven van *causa* en *forma* niet terug op in gewijzigde vorm? In ieder geval gaat het om een erg ruim begrip van nadeel: niet alleen omvat het ook het *fait accompli*, maar ook het risico dat het konkrete nadeel niet meer kan worden bewezen. De tegenstrijdige gedraging van de schuldeiser doet nadeel vermoeden. Om dat vermoeden te ontcrachten volstaat het niét te bewijzen dat in het konkrete geval geen kosten werden gemaakt in vertrouwen op die gedraging. Het is immers voldoende dat daardoor aan de schuldenaar bewijs- of afwentelingsmogelijkheden worden ontnomen. Men zou kunnen stellen dat het hier gaat om een wel erg abstracte wijze van schadeberekening.

Ter illustratie een wat oudere — en wat de beslissing van de Hoge Raad betreft wellicht voorbijgestreefde — casus, gemeente Vaals/

31. Zie de grondige analyse van R.J. Tjittes, 'Is nadeel vereist bij rechtsverwerking?', Kw. NBW, 1991, 105 v.; verder H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking, afscheidskollege* Amsterdam, Kluwer Deventer 1991; B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, 148.

Feitz, HR 11 november 1960³²: nadat het nutsbedrijf terugkwam op een per vergissing te lage fakturatie van verbruik riep de wolspinnerij Feitz rechtsverwerking in en kreeg gelijk van de Rechtbank te Amsterdam. In hoger beroep werd slechts vergoeding van de bewezen schade toegekend en de voorziening in cassatie werd verworpen. De oplossing werd bekritiseerd door Van Oven,³³ precies omdat de wolspinnerij door de gedraging van de wederpartij niet meer in de mogelijkheid was de schade aan te voeren en te bewijzen; het nutsbedrijf had immers precies door zijn te lage fakturatie verhinderd dat de verschuldigde kostprijs werd doorgerekend. Berekent men deze schade abstrakt, dan diende de wolspinnerij geen nader bewijs te leveren.

M.i. moeten dezelfde criteria gehanteerd worden bij de beoordeling van het ontstaan van kontraktuele verbintenissen. Doorslaggevend voor het al dan niet ontstaan van een kontraktuele verbintenis is niet de intentie van de belover, noch het rechtmatig vertrouwen van de wederpartij op zo'n intentie, maar — behoudens het respect voor de autonomie van de belover zoals hoger uiteengezet — de positie waarin de wederpartij wordt gebracht — op materieelrechtelijk én bewijsrechtelijk vlak — indien hij geen recht zou hebben op de prestatie waarop hij door toedoen van de belover heeft vertrouwd. En daarmee zijn we terug bij Atiyah, die immers de belofte op de eerste plaats ziet als een *bewijsmiddel* voor (de omvang van) een verbintenis.³⁴

9. DE RELATIVERING VAN HET POSITIEF BELANG BIJ 'GEWILDE' OVEREENKOMSTEN

In ons positief recht daarentegen lijken genoemde ontwikkelingen nog steeds beperkt te blijven tot de niet gewilde verbintenis, dit hoewel aan de wil als grondslag voor een verbintenis wel elke grond is ontnomen. Toch zijn er aanduidingen dat alle kontraktuele verbintenissen in hetzelfde licht moeten worden bekeken. Ik geef er enkele.

Een eerste aanwijzing ligt in het feit dat in gevallen waarin aan

32. NJ, nr. 599. In dezelfde zin Hof Brussel, 11 december 1968, JT, 1969, 441; Hof Brussel 6 juni 1977, J.T., 608; Hof Brussel 19 november 1987, J.T., 1988, 28.

33. J.C. van Oven, 'De te queri debes', NJB, 1961, 1.

34. B.v. in 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. LQR (1978), p. (193) 207-209.

genoemde criteria niet is voldaan, aan de wil van een partij dermate hoge eisen worden gesteld, dat de categorie van de gewilde verbintenis omzeggens weggecijferd wordt. Dit vinden we meer bepaald in ontslagzaken, waar het begrip psychische stoornis zo ruim wordt begrepen dat er in heel Nederland wellicht geen ongestoorde meer rondloopt. Op die wijze wordt natuurlijk plaats gemaakt voor een afweging van autonomie- en vertrouwensbeginsel in de hierboven verdedigde betekenis.

Een tweede aanwijzing ligt in sommige toepassingen van de zogenaamde beperkende werking van de goede trouw, die maken dat de gebondenheid aan een overeenkomst voor het positief belang wordt afgezwakt tot een gebondenheid gerelateerd aan de positie waarin de wederpartij door de overeenkomst is gebracht. Het hele leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, zoals het gekodificeerd is in art. 6:258 NBW, gaat — onder de hoede van redelijkheid en billijkheid — in die richting. Een soortgelijke ontwikkeling zien we in het belgische arrest Hardy/Derouaux:³⁵ een tandarts die een appartement gehuurd had voor negen jaar (zonder tussentijdse opzegmogelijkheid), wou — omdat het hem te klein was geworden — van de huur af en bood daarvoor een vergoeding aan van zesmaal de maandelijkse huurprijs. In hoger beroep (waartegen de cassatievoorziening verworpen werd) werd geoordeeld dat het een rechtsmisbruik vormde de huurder aan de overeenkomst te willen houden omdat het nadeel ruimschoots werd vergoed of in ieder geval buiten proportie was met het nadeel dat de huurder leed bij instandhouding van de overeenkomst. Zowel de eerbiediging van de autonomie van de huurder als de positie waarin de verhuurder door de verbreking kwam te staan speelden hierin m.i. een rol. Dergelijke evolutie ligt duidelijk in de lijn van Atiyah's stellingen, zoals die ook reeds door o.m. Van Dunné werden besproken³⁶ (volgens wie Atiyah de kontraktuele gebondenheid overigens teveel beperkt tot het negatief belang) waar hij citeert uit *The Rise and Fall of the freedom of contract* 'growing recognition that the opportunity to change one's mind is itself a

35. Cass. 16-1-1986, Arr. Cass. nr. 317, RW, 1987-88, 1470, noot A. van Oevelen, 'De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst'.

36. J.M. van Dunne, 'De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht? Gedachten over beginselen van contractenrecht in de jaren tachtig', NJB 1980, (668) m.b. 678.

valuable right which often outweighs the desirability of holding parties bound to some future arrangement' (p. 756). Ook elders is Atiyah ten strijde getrokken tegen de opvatting dat de meeste overeenkomsten een bewuste risico-allokatie vanwege partijen inhouden.³⁷

Een derde aanwijzing vinden we in de ontwikkeling van het leerstuk der rechtsverwerking, waardoor immers de gebondenheid van de schuldenaar aan een kontraktuele verbintenis mede bepaald wordt door de positie waarin de schuldeiser zichzelf plaatste ten aanzien van de nakoming daarvan, en waarbij overigens ook informatie- en onderzoeksplichten (en dus het autonomiebeginsel zoals hier begrepen) een rol spelen, zoals vooral blijkt bij rechtsverwerking wegens niet-protesteren tegen gebreken in de prestatie (art. 6:89 NBW).

Ook in meerdere andere leerstukken kan dergelijke tendens worden gezien, en ik kan hiervoor verwijzen naar de uitwerking gegeven door van Erp's *Contract als rechtsbetrekking*.³⁸

10. SLOT

Kort gezegd komt mijn besluit er op neer dat de bindende kracht van de overeenkomst en de omvang daarvan inderdaad berusten op een samenspel van enerzijds het autonomiebeginsel en anderzijds het vertrouwens- c.q. causa-beginsel, maar dat het meer met de werkelijkheid en wenselijkheid van ons kontraktenrecht overeenstemt deze

37. 'Contracts, promises and the law of obligations', 94. LQR (1978), p. (193) 216-217. Wie een typisch voorbeeld wil lezen van deze door Atiyah bestreden opvatting, neme L. Cornelis, 'Tijd in het verbintenissenrecht', in Liber amicorum prof. em. E. Krings, Story Brussel 1991, 21 v.

Het is omwille van de m.i. beperkte betekenis van dat type overeenkomsten dat ik in deze bijdrage niet inga op de overigens erg boeiende rechtseconomische analyses van de afdwingbaarheid van overeenkomsten voor het positief dan wel negatief belang (zie b.v. — *pro* afdwinging voor het positief belang — b.v. S. Shavell, 'Damage Measures for Breach of Contract', 11. Bell Journal Econ. 1980, 466 en *contra* D.F. Friedman, 'An economic analysis of alternative damage rules for breach of contract', 32. J. of Law & Econ. 1989, 281 e.v. Deze discussie wordt overigens ook door P.S. Atiyah besproken in 'Executory contracts, Expectation damages, and the Economic analysis of contract', Essays on Contract, Clarendon Oxford 1986, 150 v. (*contra* het positief belang).

38. J.H. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking, een rechtsvergelijkende studie*, Tjeenk Willink Zwolle 1990.

beginselen te bekijken op een wijze die bijna volledig tegengesteld is aan het traditionele perspectief daarop.